CALCULABILIDADE DO DIREITO

Existe no âmbito jurídico o adágio de que “o direito é o que os tribunais dizem que ele seja”. Esse provérbio forense exalta a livre criação do direito como uma espécie de avanço operacional na formação da livre convicção do julgador. Esse aforismo aclama a livre produção da sentença como forma de inovação do direito porque assim pretende realizar a transmutação dos tribunais, que são convertidos de órgão aplicador do direito para fonte criadora do direito (equivalente ao parlamento).

A outra face desse axioma é que ele afeta negativamente a racionalização, sistematização e abstração do direito porque a jurisprudência passa a ter menor calculabilidade em termos de pensamento clássico romano-germânico que restringe a atuação dos tribunais a aplicação do direito. Além disso, esse postulado de que “o direito é o que os tribunais dizem que ele seja” tende a criar diferenciações materiais, utilitárias e empíricas que tornam extremamente difícil medir o abuso de autoridade porque a dissertação da coima forense será narrada com elevada tolerância ao subjetivismo secularmente combatido.

O aforismo de que “o direito é o que os tribunais dizem que ele seja” tende a desvalorizar todo pensamento jurídico que eventualmente possa resultar na análise crítica da aplicação do direito. Por evidente que a desvalorização da abstração doutrinária conduz a uma grande variação na aplicação das normas, fazendo com que o próprio sistema jurídico deixe de possuir normas fundamentais que estabelecem a sua inflexão segundo uma norma fundamental kelseniana.

O abandono da norma fundamental como ponto de inflexão do sistema jurídico significa admitir que a aplicação judicial será marcada pela diversidade qualitativa na utilização do direito segundo influências pessoais, religiosas, associativas, honoráveis, estamentais e econômicos-políticos-sociais. Tudo isso parece colidir com o direito secular que almeja maior racionalidade no uso do poder do estado sabidamente empregado para a dominação social.

O pensamento clássico romano-germano atribui grande importância a calculabilidade jurídica como trilha onde os tribunais exercem a função de aplicação do direito estabelecido pelo legislador. O pensamento clássico romano-germânico sempre avançou perseguindo a maior calculabilidade do direito como meio de segurança jurídica, racionalização, sistematização, codificação e abstração do direito.

Justamente para privilegiar a calculabilidade do direito, o pensamento clássico romano-germânico não considera que a jurisprudência seja fonte primária de direito, muito menos acolhe que os julgados sejam superiores a boa e velha lei votada em assembleias submetidas ao arsenal da teoria jurídica racional que assim exerce o seu controle abstrato, lógico e doutrinário.

Em termos históricos, o pensamento clássico romano-germânico posiciona a doutrina jurídica como hierarquicamente superior a jurisprudência em si considerada, porque um direito pouco crítico, pouco abstrato e pouco racional tende a menosprezar a segurança jurídica (calculabilidade) em detrimento do favorecimento da flexibilidade da aplicação das regras jurídicas, tornando-as facilmente manipuláveis segundo o ponto de vista material, utilitário e empírico (arbítrio).

No pensamento clássico romano-germânico o arbítrio também é combatido por meio da maior calculabilidade do direito. Por sua vez, a calculabilidade do direito advém justamente do fato de que os tribunais não dizem o que o direito é, porque os tribunais aplicam o direito definido por um terceiro (legislador e doutrina). Dessa forma a maior calculabilidade do direito (segurança) advém do próprio fato de que os tribunais não possuem livre arbítrio na aplicação do direito, uma vez que são órgãos de estado vinculados a lei que estabelece o direito a ser interpretado segundo a doutrina jurídica que as normas legais.